

*E.C.A. Error in procedendo. Nulidade do feito. Pedido de aplicação de medida protetiva formulado pelo Ministério Público ao juízo da Infância e Juventude. Inobservância do devido processo legal. Inexistência de exercício de função jurisdicional. Aplicação de medida protetiva. Função do Conselho Tutelar. Princípio da eventualidade. Reforma da sentença extinguindo-se o processo sem exame de mérito por inépcia da inicial.*

JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE FAMÍLIA, INFÂNCIA E JUVENTUDE E DO IDOSO DA COMARCA DE NILÓPOLIS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através da Promotora de Justiça signatária, no uso de suas atribuições legais, interpõe tempestivamente o presente recurso de **APELAÇÃO** da sentença de fls. 40/42, pelas razões de natureza jurídica a seguir expostas.

Oportunamente, requer o Ministério Público seja exercido o juízo de retratação, conforme permite o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 198, inciso VII.

Nilópolis, 26 de fevereiro de 2007.

CARLA CARVALHO LEITE

Promotora de Justiça

RAZÕES DE APELAÇÃO  
COLENDO CONSELHO DA MAGISTRATURA,  
DOUTA PROCURADORA DE JUSTIÇA,

**I) DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO:**

Presentes estão os requisitos de admissibilidade recursal, quais sejam: condições para o regular exercício do direito de recorrer (legitimidade do recorrente, interesse em recorrer e possibilidade jurídica do recurso) e pressupostos recursais (órgão *ad quem* investido de jurisdição, capacidade processual e tempestividade).

De acordo com o disposto no *caput* e no § 2º do artigo 499 do Código de Processo Civil, o Ministério Público tem legitimidade para recorrer tanto nos casos em que atua como parte quanto naqueles em que oficia como fiscal da lei. O interesse em recorrer, consistente na *utilidade do provimento pleiteado através do recurso*<sup>1</sup>, também está presente, uma vez que o interesse do Ministério Público em recorrer é presumido, existindo *sempre que for necessário ao Ministério Público recorrer para a exata aplicação da lei*<sup>2</sup>. A possibilidade jurídica do recurso existe quando o mesmo estiver previsto em lei<sup>3</sup>. Por fim, presentes os pressupostos recursais (órgão *ad quem* investido de jurisdição, capacidade processual e tempestividade).

Presente está o pressuposto recursal da **tempestividade**, diante da prerrogativa do **prazo em dobro** para a interposição de recursos pelo Ministério Público, consoante o disposto no artigo 188 do Código de Processo Civil, e considerando que este órgão de execução do Ministério Público foi intimado da sentença ora recorrida no dia **07 de fevereiro de 2007**. Sendo o prazo para a interposição do recurso de apelação previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente de 10 (dez) dias (artigo 198, inciso II), o prazo para sua interposição pelo Ministério Público é de 20 (vinte) dias.

**II) DO OBJETO DO RECURSO:**

**1) BREVE RELATO DOS FATOS:**

No mês de fevereiro de 2005, R. B. F, filha de I. N. N. e I. B. R., foi ao Conselho Tutelar para denunciar situação de maus tratos a que seus pais estavam subme-

---

1. Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. II, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999, p. 56.  
2. Paulo César Pinheiro Carneiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 10.  
3. Alexandre Freitas Câmara, *op. cit.*, p. 58.

tendo a criança P. E. L. S., nascida em 19/10/99, cujos pais (J. E. S. e R. S. L.) se encontravam em local ignorado.

Segundo relato de R., a genitora de P. (R.) “entregou” a criança, ainda recém-nascida, a I., companheira de I., de modo que estes últimos, desde tenra idade da criança, estavam exercendo a sua guarda fática. No entanto, I. passou a espancar a criança e a violar outros de seus direitos fundamentais, privando P. de cuidados básicos, situação que era do conhecimento de I.

Aquele órgão colegiado, verificando a veracidade dos fatos narrados por R. através da realização de visita domiciliar, adotou várias medidas em prol da criança, a qual foi entregue a R., que pretendia pleitear a sua guarda, e comunicou o fato ao Ministério Público através de ofício para a adoção de providências referentes à esfera de atribuição do *Parquet*.

O Ministério Público, através da Exm<sup>a</sup>. Sr<sup>a</sup>. Promotora de Justiça que, à época, se encontrava em exercício na Promotoria de Justiça de Infância e Juventude de Nilópolis, deduziu perante o Juízo prolator da sentença ora recorrida “*pedido de aplicação de medida protetiva*” em favor da criança, o que fez através da petição de fls. 02/03, onde, após breve relato dos fatos acima expostos, pleiteava o seguinte: *recebimento e atuação do presente como PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA; concessão de guarda provisória da criança a. R. B. F.; a realização de estudo social pela equipe técnica do Juízo; e a aplicação das medidas previstas no art. 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente que se mostrarem adequadas ao final da instrução.*

Realizou-se audiência, na qual o Juízo Monocrático deferiu a guarda provisória da criança a R. e determinou a realização de estudo social (fl. 29), o qual, após elaborado, foi juntado às fls. 32/37, sugerindo a aplicação de algumas medidas protetivas, além da realização de estudo psicológico e inserção do casal I. e I. no “Grupo de Pais”, coordenado pelo Serviço Social do Juízo.

No mês de dezembro de 2006, os autos foram remetidos ao Ministério Público, quando a Promotora de Justiça signatária, intervindo pela primeira vez nos autos, requereu o seu arquivamento, bem como a expedição de ofício ao Conselho Tutelar, instruído com cópia dos autos para a aplicação de medidas protetivas cabíveis, alegando o seguinte:

*O E.C.A. não prevê “procedimento de aplicação de medida protetiva”, função, aliás, que cabe ao Conselho Tutelar, nos termos do art. 136, inc. I, daquele diploma legal.*

Ocorre que o Juízo da 2<sup>a</sup> Vara de Família, Infância e Juventude e do Idoso da Comarca de Nilópolis proferiu sentença, através da qual, ao argumento de que as medidas protetivas previstas no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente não são de atribuição exclusiva do Conselho Tutelar, *aplicou* à criança as seguintes medidas protetivas previstas no art. 101 do E.C.A., nos seguintes termos:

1 - matrícula e frequência obrigatória na Escola Estadual Antônio Figueira de Almeida (AFA), na classe especial (art. 101, inc. III);

2 - encaminhamento à SBA - Sociedade Beneficente de Anchieta, para tratamento médico (inc. V).

Através da mesma sentença, o Juízo Monocrático deferiu guarda provisória da criança a I. e a I. e, fundamentando-se no disposto no art. 129 (que trata de medidas aplicáveis aos pais ou ao responsável), determinou a inclusão dos guardiões da criança no Grupo de Pais (2007), coordenado pela equipe técnica do Juízo, referindo-se a sentença especificamente ao disposto no inc. IV do art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê como uma das medidas aplicáveis aos pais ou responsável o encaminhamento a cursos ou programas de orientação.

## 2) DO ERROR IN PROCEDENDO:

Pretende o Ministério Público seja anulada não somente a sentença ora recorrida, mas também todo o feito por ser evidente o *error in procedendo*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90), como toda e qualquer norma jurídica, deve ser interpretado em conformidade com as normas e os princípios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

O art. 1º da CRFB declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Daí decorrem o princípio da legalidade (expressamente previsto no art. 5º, inc. II e no art. 37, *caput*, ambos da Constituição da República) e o princípio da legitimidade dos atos que emanam dos Poderes da República, o qual se extrai de diversas normas constitucionais, dentre as quais se destacam as garantias do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) e da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LVII).

Decorrem da garantia constitucional do devido processo legal todos os princípios de Direito Processual, como por exemplo – para citar apenas alguns – o princípio da ampla defesa e do contraditório (o qual também foi consagrado pela Magna Carta), o princípio do juiz natural, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio da inércia jurisdicional (também relacionado ao princípio da demanda).

Partindo-se da premissa incontestável de que todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve se pautar pela Constituição da República, torna-se evidente que o exercício da função jurisdicional, qual seja, a de atuar a vontade concreta do direito objetivo<sup>4</sup>, conferida privativamente ao Poder Judiciário pela Carta Magna, impescinde da existência de um processo, ou melhor, impescinde da existência do devido processo legal.

---

4. Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 1998, p. 74.

No caso em comento, não se respeitou o princípio do devido processo legal. Não houve possibilidade de exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa pelos genitores da criança ou por seus "guardiães fáticos", isto é, por aqueles que, de acordo com os fatos narrados pelo Ministério Público na petição de fls. 02/03, supostamente teriam violando direitos fundamentais da criança, por ação ou por omissão. Em suma, não se deu oportunidade aos jurisdicionados envolvidos no caso concreto para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Caso o Estatuto da Criança e do Adolescente houvesse previsto um procedimento jurisdicional que tivesse por escopo **unicamente a aplicação de medida protetiva pelo Juiz de Direito** – o que ora se admite somente a título de argumentação –, imprescindível seria, **sob pena de inconstitucionalidade**, oportunizar o exercício das garantias constitucionais do **contraditório e da ampla defesa**, as quais decorrem do princípio do **devido processo legal**. Em suma, a **jurisdição imprescinde do devido processo legal**.

No caso em tela, o Juízo Monocrático concedeu a tutela jurisdicional sem a observância do devido processo legal – o que já constitui verdadeira contradição em termos –, de modo que é nula a sentença de fls. 40/42. A propósito, **não somente a sentença padece do vício de nulidade, mas todo o feito, desde fls. 02/03**, já que, ao deduzir em Juízo os fatos narrados na referida petição, o Ministério Público não requereu a citação dos genitores da criança e/ou até mesmo de seus guardiães fáticos<sup>5</sup>, de modo que **o devido processo legal foi desrespeitado até mesmo pelo Parquet**.

Diante dos fatos que, à época, chegaram ao conhecimento do Ministério Público, este poderia, por exemplo, ter deduzido em Juízo em face dos genitores da criança, pedido de imposição de penalidade administrativa, cujo procedimento – previsto nos arts. 194 a 197, do E.C.A. – está em consonância com o princípio do devido processo legal. Poderia até mesmo ter deduzido em Juízo em face dos genitores da criança pedido de suspensão ou de destituição de poder familiar, cujo procedimento – que também se encontra sob o amparo do princípio constitucional devido processo legal – encontra-se previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 155 a 163).

Observe-se, contudo, que **um dos pedidos formulados pelo Ministério Público na petição inicial é o de concessão de guarda provisória da criança P. E. L. S. a R. B. F.** Ora, isso nada mais é do que **pedido de nomeação de guardião**, o qual se encontra dentre as atribuições conferidas ao Ministério Público pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como se infere de seu art. 201, inc. III:

---

5. Embora discutível, alguns operadores do Direito admitem a inclusão do guardião de fato no pólo passivo da relação processual.

**Art. 201 – Compete ao Ministério Público:**

(...)

**III – promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude.**

(Os grifos não constam do original).

Ora, o pedido de nomeação de guardião deve seguir o procedimento relativo aos pedidos de colocação em família substituta, previsto nos arts. 165 e segs. do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, todavia, não foi observado pelo Juízo Monocrático e nem mesmo pelo Ministério Público. Eis, portanto, mais um argumento que leva à conclusão da nulidade do feito *ab initio* em razão da inobservância do devido processo legal. Aliás, como se verá adiante, outro argumento sustentado é o da inépcia da inicial em razão da inobservância dos requisitos legais exigidos pelo art. 165 do E.C.A.

A propósito, observe-se que o Juízo Monocrático concedeu a guarda da criança a pessoa diversa daquela a que se refere o pedido formulado pelo Ministério Público, de modo que a sentença, neste particular, ultrapassou os limites do pedido, violando o princípio da adstrição da sentença (art. 460 do CPC), tratando-se de sentença *extra petita* – a par dos demais argumentos já suscitados que invocam sua nulidade.

Levando-se em consideração que há procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 165 e segs.) a ser adotado no caso de pedido de nomeação de guardião, não poderia a autoridade judiciária ter procedido da forma que o fez, concedendo a guarda da criança a pessoa diversa daquela indicada na petição inicial, como se infere do disposto no art. 153, do E.C.A.:

*Art. 153 – Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.*

(Os grifos não constam do original).

Ora, diante da inclusão do pedido de concessão de guarda na petição inicial, conclui-se que, em respeito ao devido processo legal, deveria ter sido adotado o procedimento cabível (arts. 165 a 170 do ECA), oportunizando-se o exercício da ampla defesa e do contraditório, isto é, a manifestação dos genitores da criança. **Caso o Ministério Público tivesse indicado o procedimento legal correto ao elaborar a petição inicial e o Juízo tivesse respeitado o devido processo legal, seguindo regularmente o procedimento e julgando o mérito nos limites do pedido, não haveria qualquer razão para a interposição de recurso.**

Teria sido até mesmo irrelevante o fato de – incorretamente – o Ministério Público ter requerido que o feito fosse autuado como *PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA*. Isto porque, como se sabe, ação judicial não tem nome. O que importa, de fato, é a formulação correta do pedido, a observância do rito processual, a observância dos requisitos da petição inicial, etc. Com a observância dos requisitos legais, em que pese a indicação incorreta do *nome* posto na autuação, o fato é que o Juízo Monocrático julgaria (aí sim no legítimo exercício da função jurisdicional) o pedido de nomeação de guardião e, ainda no exercício legítimo da função jurisdicional, sob a condição inafastável da observância do devido processo legal e seus consectários, julgaria o pedido de aplicação de medidas de proteção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê *procedimento jurisdicional* que tenha por finalidade única e exclusivamente a aplicação de medida protetiva em favor de crianças ou adolescentes (entendendo-se como medidas protetivas aquelas previstas no art. 101 do E.C.A.). Sabe-se que a função de aplicar medidas de proteção previstas no art. 101, incisos I a VII e a de aplicar medidas aos pais ou responsável, previstas no art. 129, incisos I a VII, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe ao Conselho Tutelar, conforme dispõe o art. 136, incisos I e II da referida lei federal. Com isso não se quer dizer que o Juiz de Direito não terá, em hipótese alguma, competência para aplicar medidas de proteção.

Ao Juiz de Direito cabe aplicar a lei nos limites de sua função jurisdicional, exigindo-se, para tanto, o respeito ao princípio da legalidade, ao princípio do devido processo legal e aos demais princípios e garantias constitucionais dele decorrentes. Pode o Juiz de Direito aplicar medidas de proteção (art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e/ou medidas aplicáveis aos pais ou responsável (art. 129, do E.C.A.), desde que no âmbito de um processo regularmente constituído, através do qual o Magistrado exercerá legítima e legalmente a jurisdição, observando o devido processo legal.

Mais uma vez parte-se da premissa de que a função típica do Poder Judiciário é a função jurisdicional, sendo certo que somente são admitidas as funções atípicas que tenham amparo na Constituição da República. O Magistrado exerce a função jurisdicional através de um processo, com observância do devido processo legal.

Não é por outra razão que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê expressamente que cabe ao Juiz de Direito aplicar medidas de proteção ao adolescente autor de ato infracional (art. 112, inc. VII). Observe-se que, neste caso, há o legítimo exercício da função jurisdicional, já que ao adolescente são garantidos todos os princípios inerentes ao devido processo legal (contraditório, ampla defesa, etc.), conforme se extrai dos artigos 110, 111, 182, 184 e 186, todos do E.C.A.

No mesmo sentido, a aplicação de medida de proteção prevista no inciso VIII do art. 101 do E.C.A., qual seja, a de *colocação em família substituta* (cujas modalidades são guarda, tutela e adoção, nos termos do *caput* do art. 28 do E.C.A.) – esta sim, de competência exclusiva do Magistrado – imprescinde da existência do devido processo legal.

As demais medidas de proteção (art. 101, incs. I a VII do E.C.A.) e as medidas aplicáveis aos pais ou responsável (art. 129 do E.C.A.) podem ser pleiteadas pelo Ministério Público juntamente com o pedido de imposição de penalidade administrativa, cujo procedimento está previsto nos arts. 194 a 197, do E.C.A. Neste caso, o Magistrado aplica medidas de proteção e medidas referentes aos pais ou responsável, no legítimo exercício de sua função jurisdicional, observando-se o devido processo legal.

Esta reflexão é oportuna, eis que um dos fundamentos postos na sentença recorrida parece seguir a linha de que, em casos urgentes, o Juiz da Infância e da Juventude deve atuar *no lugar* do Conselho Tutelar:

*Não se trata de “enfraquecer” o Conselho Tutelar, mas de reconhecer que, em casos específicos, faz-se necessária a atuação do Judiciário: no aguardo do “empoderamento” do Conselho Tutelar, há urgências que não podem esperar.*

A propósito, o Magistrado gaúcho João Batista Costa Saraiva refere que<sup>6</sup>:

A substituição da ação do Conselho Tutelar, por ineficiente ou omissa, pela ação judicial de aplicação de medida protetiva, acaba por reviver o antigo sistema dos Juizados de Menores.

Há uma única hipótese excepcional em que o Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza ao Magistrado que exerça plenamente as funções do Conselho Tutelar em substituição a este órgão colegiado<sup>7</sup>: trata-se da hipótese de ainda não ter sido instalado o Conselho Tutelar, conforme dispõe o art. 262 do E.C.A.:

*Art. 262 - Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária.*

Não sendo mais o caso na Comarca de Nilópolis, onde o Conselho Tutelar foi instalado há bastante tempo, não pode o Magistrado adentrar a esfera de atribuição do Conselho Tutelar, ainda que, no seu entender, a atuação do Conselho tenha sido ineficiente. Decorrência lógica do Estado Democrático de Direito.

---

6. João Batista Saraiva. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 3ª edição, 2006.

7. Obviamente, não se considera hipótese excepcional a competência originária do Magistrado, expressamente prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, de aplicar medidas de proteção nos procedimentos de apuração de ato infracional (art. 112, inc. VII). Também não se considera hipótese excepcional a aplicação de medida de proteção pelo Magistrado no exercício da função jurisdicional, observando-se o devido processo legal, como exaustivamente exposto nestas razões de apelação.

À guisa de conclusão, é pertinente lembrar o quão urgente se faz aos operadores do Direito livrar-se das amarras do revogado Código de Menores (Lei Federal nº 6.697/79), que adotava a Doutrina da Situação Irregular. A Constituição da República de 1988, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança<sup>8</sup>, rompeu definitivamente os paradigmas da Doutrina da Situação Irregular, ao consagrar no ordenamento jurídico pátrio a Doutrina da Proteção Integral<sup>9</sup>, que veio a ser posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90).

Como já se destacou em outra oportunidade<sup>10</sup>, crianças e adolescentes passaram à condição de sujeitos de direitos, restando ultrapassado o conceito de *menor* enquanto *objeto de tutela do Estado*. Cabe ao Juiz da Infância e da Juventude o exercício da relevante função jurisdicional, deixando-se definitivamente sepultadas no passado funções assistencialistas que o revogado Código de Menores atribuía ao *Juiz de Menores*. À luz da Carta Magna de 1988, rearranjaram-se os papéis do Magistrado e do Ministério Público e se inseriram novos atores no sistema de garantias de direitos de crianças e adolescentes, destacando-se o Conselho Tutelar e os Conselhos de Direitos.

O Princípio Republicano e o Estado Democrático de Direito exigem que cada Poder instituído exerça as suas funções dentro dos limites que a lei – com amparo na Constituição da República – lhes impõe. Escapar a este princípio adentrando a esfera de atribuição alheia e ultrapassando a própria configura inadmissível arbitrariedade.

### 3) DO ERROR IN IUDICANDO:

À luz do princípio da eventualidade, caso esse Órgão Colegiado não acolha os argumentos suscitados anteriormente, pleiteia o Ministério Público a reforma da sentença recorrida, de modo que o *processo* seja extinto sem exame de mérito, com fulcro no art. 267, inc. I, do CPC, diante da **inépcia da petição inicial** (art. 295, inc. I, do CPC), já que a referida peça processual **não observou os requisitos previstos no art. 165 do E.C.A.**

---

8. A Convenção da ONU sobre Direitos da Criança foi aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, isto é, mais de um ano após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

9. A Doutrina da Proteção Integral encontra respaldo constitucional no art. 227, *caput*, da Constituição da República: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

10. Carla Carvalho Leite. *Da Doutrina da Situação Irregular à Doutrina da Proteção Integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas*. Revista do Ministério Público nº 23, jan./jun., 2006, p. 93-107.

### III) DO PREQUESTIONAMENTO:

O Ministério Público requer a esse Colendo Conselho da Magistratura, visando a eventual interposição de Recurso Especial e/ou Recurso Extraordinário, a análise de possível violação aos seguintes dispositivos da legislação federal e da Constituição da República:

#### • Legislação Federal:

- Art. 1º da Lei Federal nº 8.069/90 – O referido dispositivo legal torna explícito que o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta a Doutrina da Proteção Integral, a qual se contrapõe à Doutrina da Situação Irregular adotada pelo revogado Código de Menores de 1979.

- Art. 148 da Lei Federal nº 8.069/90 – O referido dispositivo legal prevê as hipóteses de competência do Juiz da Infância e da Juventude, não se encontrando dentre tais hipóteses a aplicação de medidas de proteção previstas no art. 101 e de medidas aplicáveis aos pais ou responsável previstas no art. 129.

- Art. 131 e art. 136, incs. I e II da Lei Federal nº 8.069/90 – O art. 131 conceitua o Conselho Tutelar como *órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei*. Dentre as atribuições que o Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao Conselho Tutelar, estão a de aplicar medidas de proteção previstas no art. 101, incs. I a VII, conforme dispõe o art. 136, inc. I, e a de aplicar aos pais ou responsável medidas previstas no art. 129, incs. I a VII, conforme disposto no art. 136, inc. II.

- Arts. 165 a 170, da Lei Federal nº 8.069/90 – Tais dispositivos tratam do procedimento de colocação em família substituta, especialmente, dos requisitos da petição inicial (art. 165) e dos demais atos processuais e prazos a serem observados no rito em questão.

- Art. 152 da Lei Federal nº 8.069/90 – O referido dispositivo legal versa que *aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente*. Aplicam-se, portanto, as normas gerais de natureza processual previstas em outras leis, como, por exemplo, o Código de Processo Civil.

- Art. 153 da Lei Federal nº 8.069/90 – Eis o teor do referido dispositivo legal: *Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público*. Como, no caso em comento, há procedimento previsto na Lei Federal nº 8.069/90 para a colocação em família substituta, o Magistrado não pode atuar de ofício.

- Art. 262, da Lei Federal nº 8.069/90, interpretado *a contrario sensu*. O referido dispositivo legal autoriza ao Magistrado que, excepcionalmente, exerça as funções do Conselho Tutelar enquanto este não for instalado. Interpretando-se o

referido dispositivo legal *a contrario sensu*, conclui-se que, uma vez instalado o Conselho Tutelar, não pode o Magistrado exercer as funções que cabem exclusivamente àquele órgão colegiado.

- Art. 1º do Código de Processo Civil – Cabe ao Juiz de Direito o exercício da função jurisdicional, função típica do Poder Judiciário. Não pode o Magistrado exercer função atípica que não expressamente autorizada pela Constituição da República.

- Art. 2º do Código de Processo Civil – Princípio da inércia da função jurisdicional (também conhecido como *princípio da demanda*).

- Art. 460 do Código de Processo Civil – Princípio da adstrição da sentença ao pedido. No caso em tela, prolatou-se sentença *extra petita*.

#### Constituição da República:

- Art. 1º, *caput* – institui o Princípio Republicano e o Estado Democrático de Direito.

- Art. 2º - Princípio da Separação e Harmonia entre os Poderes.

- Art. 5º, inc. II (princípio da legalidade).

- Art. 37, *caput* (princípio da legalidade).

- Art. 5º, inc. LIV (princípio do devido processo legal).

- Art. 5º, inc. LVII (princípios do contraditório e da ampla defesa).

- Art. 5º, incisos XXXVI e LIII (princípio do juiz natural).

- Art. 227, *caput* (doutrina da proteção integral).

O art. 1º da CRFB declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Daí decorrem o princípio da legalidade (art. 5º, inc. II e art. 37, *caput*, ambos da Constituição da República) e o princípio da legitimidade dos atos que emanam dos Poderes da República, os quais são independentes e harmônicos entre si (art. 2º).

Os atos emanados dos Poderes instituídos devem observar o princípio da legalidade e o princípio da legitimidade: decorrência do Estado Democrático de Direito. Os atos do Poder Judiciário no exercício de sua função típica (função jurisdicional) encontram seu fundamento de validade no **devido processo legal** (art. 5º, inc. LIV, da CRFB) – princípio do qual derivam as garantias da **ampla defesa** e do **contraditório** (art. 5º, LVII, CRFB), bem como todos os demais princípios de Direito Processual, dentre os quais o princípio do juiz natural (art. 5º, incs. XXXVI e LIII, CRFB).

A Constituição da República inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a Doutrina da Proteção Integral, a qual estatui que todas as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, paradigma que se contrapõe à Doutrina da Situação

Irregular adotada pelo revogado Código de Menores de 1979, segundo a qual os *menores* que se encontrassem em *situação irregular*, nos termos daquela lei, passavam a ser *objeto* de tutela do Estado. A Doutrina da Proteção Integral, instituída pela Constituição da República de 1988, rompeu de vez com os paradigmas que lhe antecederam: da *situação irregular*, do *assistencialismo*, da *estatalidade e centralização* das ações e das *funções anômalas* do Poder Judiciário – exercidas pelo *Juiz de Menores* –, as quais extrapolavam sua função jurisdicional.

#### IV) OBSERVAÇÃO:

Diante da necessidade de acompanhamento da criança, no intuito de verificar se foi regularizada sua representação legal, e, em caso negativo, demandar em Juízo a medida legal pertinente, observando o devido processo legal, este órgão de execução do Ministério Público, com fulcro em suas atribuições legais, instaurou procedimento administrativo e notificou os genitores da criança, bem como a Sra. I., o Sr. I. e a Sra. R., para prestar declarações a respeito do assunto no Gabinete desta Promotoria de Justiça.

#### V) DO PEDIDO:

Considerando todo o exposto, requer o Ministério Público:

1) seja o presente recurso admitido, uma vez que estão presentes os pressupostos recursais e as condições para o regular exercício do direito de recorrer;

2) seja dado provimento ao presente recurso, **anulando-se a sentença recorrida, bem como todo o feito a partir de fls. 02/03**, em razão do evidente *error in procedendo* do Juízo Monocrático, que inobservou o princípio constitucional do **devido processo legal**, (art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República), a garantia da **ampla defesa e do contraditório** (art. 5º, LVII, da CR), além de outros princípios e garantias constitucionais: princípio da legalidade (art. 5º, inc. II e art. 37, *caput*, da CR), princípio republicano e princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CR), princípio da separação e harmonia entre os Poderes instituídos (art. 2º, da CR);

3) à luz do princípio da eventualidade, seja dado provimento ao recurso, **reformando a sentença, de modo que o processo seja extinto sem exame de mérito**, com fulcro no art. 267, inc. I, do CPC, diante da **inépcia da petição inicial** (art. 295, inc. I, do CPC), caso esse Colendo Órgão Colegiado não acolha o argumento mencionado no item 2.

Nilópolis, 26 de fevereiro de 2007.

CARLA CARVALHO LEITE

Promotora de Justiça